

De Google Book Settlement nader beschouwd en bekeken vanuit bibliotheken

Google's enorme boekendigitaliseringsproject en de Google Book Settlement hebben wereldwijd al vele pennen in beweging gebracht.¹ Het schikkingsvoorstel is eind 2009 herzien en ligt momenteel ter beoordeling voor bij de New-Yorkse rechter. Dit artikel bevat een uitvoerige bespreking van vele ins en outs van de Settlement en bekijkt deze tevens vanuit het perspectief van bibliotheken. Tot slot komt ook de door de Europese Commissie gefinancierde erfgoedportal 'Europeana' aan bod.

A.C. Beunen

Mr. dr. A.C. Beunen is universitair docent aan de Universiteit Leiden bij eLaw@Leiden, Centrum voor Recht in Informatie-maatschappij, auteursrechtjurist bij de Koninklijke Bibliotheek, en redacteur van dit blad.

Google Book Search project: voorgeschiedenis

In 2004 is Google gestart met het digitaliseren van grote aantallen boeken ten behoeve van haar project 'Google Print', dat ze een jaar later omdoopte tot 'Google Book Search'.² Het Amerikaanse bedrijf scant hiervoor de complete tekst van boeken om zo een doorzoekbare index van alle in de tekst voorkomende woorden te kunnen maken, via een technologie genaamd Optical Character Recognition (OCR). Deze 'full-text'-indexering maakt het voor gebruikers van Google's zoekmachine mogelijk om de boeken op iedere willekeurige term te doorzoeken. Zo krijgt men dus in een mum van tijd een overzicht van relevante boeken, terwijl men eerder handmatig de registers van papieren boeken moest doornemen. Voor Google heeft dit project het belangrijke doel om haar positie op de markt van zoekmachines verder te versterken. Immers, in boeken komen veel zeldzame woorden voor en Google's zoekmachine zal op buitenissige trefwoorden dus meer zoekresultaten geven dan andere zoekmachines.³

Inmiddels heeft Google al meer dan 12 miljoen boeken gescand, terwijl haar ambitie naar verluidt ligt op 30 miljoen. Het bedrijf hanteert twee strategieën om aan boeken te geraken. Ten eerste sluit ze via haar Partner Program overeenkomsten met individuele uitgevers om hun boeken gratis te scannen. Deelnemende uitgevers kunnen zelf aangeven hoeveel Google's zoekmachine van hun boeken mag

tonen. Zijn dat (uitgebreide)⁴ delen of (wat sporadisch voorkomt) de gehele tekst,⁵ dan kan die niet worden gedownload of geprint. Ernaast wijzen links door naar de website van de uitgever en online boekhandels. Staat een uitgever Google toe om advertenties naast de boekpassages te plaatsen, dan ontvangt de uitgever een deel van de inkomsten. Inmiddels nemen wereldwijd ongeveer 30.000 uitgevers deel aan dit Partner Program, waarmee zij nu circa 2 miljoen boeken in de Google Book databank hebben ingebracht.

Verreweg de belangrijkste bron van boeken vormt echter het 'Library Project'; Google sluit overeenkomsten met bibliotheken om over hun collecties te kunnen beschikken. In Amerikaanse universiteitsbibliotheken digitaliseert ze zowel boeken die tot het publieke domein behoren, als nog auteursrechtelijk beschermde werken. Google heeft ook overeenkomsten met een aantal Europese bibliotheken gesloten; daar scant ze uitsluitend werken in het publieke domein.⁶

Van auteursrechtelijk beschermde boeken krijgen gebruikers alleen fragmenten te zien. Na het intypen van een zoekterm presenteert Google's zoekmachine 2 tot 3 korte fragmenten (snippets) uit boeken waarin de term gemarkeerd voorkomt. Het boek wordt dus niet full-text openbaar gemaakt, maar slechts enkele 'snippets' van 3 tot 4 regels lang:

1 Zie onder meer P.B. Hugenholtz, 'De Google Book-schikking: de wereldliteratuur gelicentieerd', *NJB* 2009, p. 2754-2758, http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/NJB_2009_42.pdf.
2 Zie <http://books.google.com/en/over/about> en meer over de geschiedenis op <http://books.google.com/intl/nl/googlebooks/history.html>.
3 De tekst van de boeken kan niet door zoekmachines van andere partijen worden geïndexeerd.
4 Zoals het handboek van Spoor/Verkade/Visser: <http://tinyurl.com/googlebookspoorverkadevisser>.
5 Willekeurige voorbeelden zijn boeken van de Amsterdam University Press en gidsen van Michelin.

6 Die kan men gratis integraal printen en downloaden van Google's website. Eenmaal gedownload zijn de bestanden echter niet meer op trefwoord te doorzoeken en op een extra voorblad verzoekt Google gebruikers om ze alleen voor persoonlijke en niet-commerciële doeleinden te gebruiken, ter bescherming van haar scan-investeringen: <http://books.google.com/support/bin/answer.py?hl=nl&answer=44667>. Grimmelmänn heeft deze gebruiksbeperkingen voor publiek domein-materiaal bekritiseerd en hij is van mening dat deze boeken ook door andere zoekmachines geïndexeerd zouden moeten kunnen worden. J. Grimmelmänn, 'How to Fix the Google Book Search Settlement', *Journal of Internet Law*, April 2009, p. 10-20, <http://tinyurl.com/grimmelmänn>.

Deze senaatskamer, hoe groot ook, hoe hoog, had op zijn muren geen enkel plekje meer vrij voor een hooggeleerd portret. Hier hingen ze van 16-zoveel af, toen de universiteit was opgericht. Er moesten waardevolle stukken bij zijn van Oude Meesters. Wie

W.F. Hermans, *Onder professoren, De Bezige Bij* 1975 (gedigitaliseerd bij de University of California)

Volgens de oorspronkelijke opzet van Google Book Search was dus geen enkel auteursrechtelijk beschermd boek kosteloos integraal te lezen, printen of downloaden. Dat gold zowel voor de boeken verkregen via het Library Project als voor de (meeste) boeken via het 'Partner Program'. Aan uitgevers en bibliotheken presenteerde Google haar project als een gratis marketingkanaal, waar gebruikers via snippets nieuwsgierig worden gemaakt naar de gehele tekst en worden doorverwezen naar online verkoopkanalen. Naast iedere boekpassage staat tevens een link naar Worldcat, die zoekers doorleedt naar de dichtstbijzijnde bibliotheek.⁷ Volgens Google: 'Ons uiteindelijke doel is om samen met uitgevers en bibliotheken een uitgebreide, doorzoekbare, virtuele kaartenbak te maken met alle boeken in alle talen, zodat gebruikers nieuwe boeken kunnen ontdekken en uitgevers nieuwe lezers kunnen bereiken.'⁸

Dit doel zal ingrijpend worden uitgebreid in geval de Google Book Settlement wordt goedgekeurd. Dit schikkingvoorstel is het voorlopige resultaat van de rechtszaken die Amerikaanse auteurs en uitgevers in 2005 tegen Google aanspanden om de auteursrechtelijke rechtmatigheid van het Library Project aan te vechten. Kort gezegd geeft de Settlement Google de bevoegdheid om het merendeel van de gescande boeken commercieel te exploiteren in full-textvorm, waarbij de inkomsten worden gedeeld met de uitgevers en auteurs.

Partner Program en het auteursrecht op boeken

De schikking heeft alleen betrekking op de auteursrechtelijk beschermde boeken die Google bij bibliotheken heeft gedigitaliseerd. Voor de boeken die uitgevers vrijwillig via het Partner Program inbrengen, wordt uitgegaan van het 'opt in'-principe van het auteursrecht, dat voorafgaande toestemming voor hergebruik van de rechthebbenden eist. Bij nader inzien is soms twijfel mogelijk of dit principe inderdaad is gevolgd. De belangrijkste vraag is immers: bij wie ligt het auteursrecht? In de relatie tussen auteur en uitgever hangt dat naar Nederlands recht af van de vraag

of schriftelijke auteursrechtoverdracht heeft plaatsgevonden.⁹ Voor recente boeken die nog in druk te koop zijn is daarover wel zekerheid te krijgen, maar hoe langer geleden ze zijn gepubliceerd hoe moeilijker het is om hun rechtensituatie te achterhalen. Niet alle uitgevers beschikken over een compleet archief van hun gehele uitgeefgeschiedenis en ook na rechtsovervolgving kan informatie verloren zijn gegaan. Wel staat voorin boeken meestal een 'copyright notice' (zoals: © naam van de uitgever en jaartal van eerste publicatie). Niettemin weten auteursrechtjuristen dat deze informatie bij gebrek aan een schriftelijke overdracht van de rechten aan de in de notice aangeduide uitgever niet altijd juist hoeft te zijn.¹⁰

Voor digitaliseringsprojecten is nog een tweede vraag van belang: bij wie berusten de digitale rechten? Vóór (globaal genomen) het midden van de jaren negentig van de twintigste eeuw was de mogelijkheid van digitale exploitatie nog niet te voorzien;¹¹ omvatte een auteursrechtoverdracht uit die tijd ook al de elektronische rechten? Volgens de rechtspraak hangt dat ervan af hoe ruim de overdracht destijds is geformuleerd.¹² Dat is voor derden zoals Google of bibliotheken met digitaliseringsplannen moeilijk te achterhalen, terwijl het ook voor uitgevers zelf een hels karwei is om dit voor ieder boek afzonderlijk uit te zoeken. Bovendien zijn, zoals vermeld, de contracten niet altijd meer bewaard gebleven. Voor veel oudere boeken zal dan ook geen duidelijkheid zijn te krijgen over de vraag wie de digitale rechten heeft. In dit verband is interessant dat Google zelf het verweer heeft gevoerd dat eisers niet beschikten over de digitale rechten in de rechtszaak tegen de Amerikaanse Authors Guild¹³ en in de (nader te bespreken) Parijse rechtszaak die een aantal Franse uitgevers aanspanden.

Boeken kunnen daarnaast ook voor andere complicaties zorgen. Uitgevers claimen soms auteursrecht te hebben op de vormgeving van de lay-out en/of het zetsel. In de praktijk van grootschalige digitalisering is het echter vrijwel ondoenlijk om dit per individueel werk te beoordelen. Voor een derde partij is bovendien ook vaak niet duidelijk of deze vormgeving is gecreëerd door een werknemer in dienst van de uitgever, dan wel door een ingehuurd freelancer. Mogelijk kunnen ook redacteurs van bundels rechten op hun oorspronkelijke selectie en/of rangschikking van de bijdragen doen gelden. Daarnaast zijn er nog de afbeeldingen, foto's en tabellen die in veel boeken voorkomen. Het auteursrecht daarop ligt veelal noch bij de auteur noch de uitgever.

⁷ Zie <http://www.worldcat.org/whatis>.

⁸ Zie <http://www.google.nl/googlebooks/library.html>.

⁹ Het zal zelden voorkomen dat een uitgever als werkgever het auteursrecht heeft. Dat kan anders zijn voor universiteiten die academische auteurs in dienst hebben, zie de discussie hierover in Spoor/Verkade/Visser 1995, p. 45 en de daar vermelde literatuur. Volgens koepelorganisatie SURF, waarbij alle universiteiten zijn aangesloten, is de praktijk bij de meeste universiteiten dat het auteursrecht geacht wordt bij de universitaire medewerkers zelf te berusten.

¹⁰ Er zijn gevallen bekend van rechthebbende auteurs die niet vooraf waren geconsulteerd door hun uitgever en deze vervolgens hebben opgedragen hun boeken uit Google Book terug te trekken.

¹¹ Mossink signaleerde dat uitgevers van wetenschappelijke tijdschriften vanaf

1997 in hun overdrachtscontracten expliciet melding gingen maken van digitale exploitatiemogelijkheden. W. Mossink, *Uitgeefovereenkomsten en institutionele repositories*, SURF-notitie 28 oktober 2004, <http://tinyurl.com/mossink>.

¹² Vgl. Rb. Amsterdam 24 september 1997 (*Freelancers/Volkskrant*), AMI 1997, p. 194 (in licentie-context: toestemming voor publicatie in de papieren krant impliceerde niet tevens toestemming voor plaatsing op cd-rom en website) en Hof Den Haag 31 januari 2008 (*Holierhoek/Houwer*), AMI 2008, p. 103 m.nt. B.J. Lenselink (het overdrachtcontract vermeldde toekomstige exploitatievormen expliciet).

¹³ Answer and Affirmative Defenses of Defendant Google Inc. to the First Amended Complaint, 26 July 2006, *The Authors Guild et al v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. Nov 8, 2005), <http://thepublicindex.org/documents/procedural>.

Kortom, boeken lijken op het eerste gezicht misschien eenvoudiger te 'clearen' dan bijvoorbeeld muziek of films, maar dit valt in de realiteit vaak tegen. Het is in de praktijk welhaast onmogelijk om boeken geheel sluitend te clearen, terwijl over de allocatie van de digitale rechten bij boeken ouder dan circa 15 jaar nogal eens onzekerheid bestaat. Ongetwijfeld heeft Google in de contracten die zij met uitgevers sluit een ruime vrijwaring opgenomen om zich tegen dergelijke verrassingen in te dekken.

Library Project en rechtszaken

Via het Partner Program kwam Google niet snel genoeg aan voldoende boeken en daarom wendde ze zich vanaf 2004 tot Amerikaanse universiteitsbibliotheken, waaronder die van de University of Michigan (waar een van de Google-oprichters studeerde). Inmiddels heeft zij ruim 10 miljoen boeken gescand bij bibliotheken, tegenover circa 2 miljoen via de uitgevers van het Partner Program.

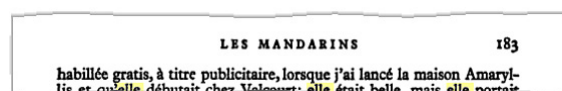
Alleen bij de bibliotheken in Amerika waagt Google zich aan het scannen van auteursrechtelijk beschermde werken. Die maken minstens 80% uit van alle tot nu toe door Google gedigitaliseerde boeken. Daaronder bevinden zich niet alleen werken van Amerikaanse auteurs die zijn uitgegeven door Amerikaanse uitgevers, maar ook veel boeken van niet-Amerikanen. De collecties van universiteitsbibliotheken hebben immers een internationale samenstelling.

Google is van mening dat het scannen van deze auteursrechtelijk beschermde werken en het tonen van snippets toegestaan zijn onder de 'fair use'-bepaling uit de Amerikaanse Copyright Act.¹⁴ Voorafgaande toestemming van alle rechthebbenden heeft ze dan ook niet gevraagd. Als tegenreactie zijn in 2005 in Amerika twee rechtszaken tegen Google gestart, de eerste door de Amerikaanse Authors Guild en de tweede door vijf grote Amerikaanse uitgevers.¹⁵ Beide bij de District Court van het Southern District of New York. Zij beschuldigden Google van auteursrechtinbreuk terzake van, ten eerste, het zonder toestemming integraal digitaliseren van de boeken en ten tweede de openbaarmaking van snippets op internet. De New-Yorkse District Court heeft zich niet over Google's fair use-verweer¹⁶ kunnen uitlaten, omdat de drie partijen in oktober 2008 een gezamenlijk schikkingsvoorstel bereikten, dat nu in herziene versie bij ditzelfde Court ter beoordeling voorligt.¹⁷

In Frankrijk hebben dezelfde rechtsvragen al wel tot een vonnis geleid. Op 18 december 2009 verloor Google daar

een rechtszaak tegen drie tot de holding La Martinière behorende Franse uitgevers en twee Franse auteursorganisaties.¹⁸ Met toepassing van de Franse Code de la Propriété Intellectuelle werd geoordeeld dat beide handelingen het auteursrecht van de uitgevers van de betreffende boeken schonden, terwijl de snippets tevens inbreuk maakten op de morele rechten van de auteurs. Het integraal digitaliseren werd inbreukmakend geacht ten aanzien van de uitgevers omdat voorafgaande toestemming ontbrak, terwijl de databank waarin Google de full-textreproducties opslaat, volgens de rechter geschikt was om deze reproducties op indirecte wijze [dit wordt niet toegelicht, AB] openbaar te maken aan het publiek. Het openbaar maken van de boektitel, omslag en snippets maakte volgens de rechter inbreuk omdat Google daarvoor geen geldig beroep toekomt op het Franse citaatrecht.¹⁹ Deze exceptie staat de integrale openbaarmaking van boekomslagen niet toe (ook niet in verkleinde vorm) en er wordt een toevallige keuze aan snippets getoond die het vereiste informatiedoel ontberen. De snippets worden bovendien op willekeurige plaatsen in de tekst afgebroken en hun omtrek heeft de vorm van afgescheurd papier, wat volgens de Franse rechter een inbreuk oplevert op de integriteit van de werken van de betreffende auteurs. Het vonnis resulteerde in een verbod voor Google om haar inbreukmakende handelingen te continueren op straffe van een dwangsom van €10.000,- per dag, de betaling van een schadevergoeding van € 300.000,- aan de drie uitgevers gezamenlijk en een schadevergoeding van € 1,- aan ieder van beide auteursorganisaties [waarschijnlijk vanwege de morele rechten-inbreuk door de snippets, AB].

Een voorbeeld: Simone de Beauvoir, *Les mandarins*, Gallimard 1954:



Diverse schrijvers hebben terecht gesignaleerd dat het inscannen van alle auteursrechtelijk beschermde boeken in Amerika gebeurt, aangezien Google in bibliotheken elders alleen werken in het publieke domein digitaliseert.²⁰ Naar hun mening moet het full-text digitaliseren dan ook uitsluitend volgens het Amerikaanse auteursrecht worden beoordeeld.²¹ Google heeft in deze Franse zaak hetzelfde verweer gevoerd, maar de rechter schoof dit terzijde ten faveure van toepassing van Frans recht. Google betwistte eveneens dat de Franse uitgevers over de digitale rechten beschikten. De rechter ging in casu echter uit van het vermoeden dat een rechtspersoon die een werk onder eigen naam exploiteert,

¹⁴ U.S. Copyright Act, title 17 § 107.

¹⁵ McGraw-Hill, Pearson, Penguin, Simon & Schuster en John Wiley & Sons, zie hun formele aanklacht op <http://thepublicindex.org/docs/complaint/publishers.pdf>.

¹⁶ Zie Google's antwoorden op de formele aanklachten van de Authors Guild en de uitgevers op <http://thepublicindex.org/documents/procedural>.

¹⁷ Jonathan Band maakte een analyse van de kans van slagen van Google's verweer volgens Amerikaans auteursrecht: J. Band, 'The Long and Winding Road to the Google Books Settlement', *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* 2009, Vol. 227, nr. 8, p. 226-329, www.jmripl.com/Publications/Vol9/Issue2/Band.pdf.

Band.pdf.

¹⁸ Tribunal de Grande Instance Paris, 18 december 2009 (*Editions du Seuil, Delachaux & Niestlé, Harry N. Abrams e.a./Google*), www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=1166.

¹⁹ Art. L. 122-5(3) CPI.

²⁰ J. Adolphsen, M. Mutz, 'Das Google Book Settlement', *GRUR Int.* 2009/10, p. 791 en de auteurs genoemd in de volgende noot.

²¹ Band 2009 (noot 17), p. 258; Bernard Lang 2009, met Engelse vertaling van de belangrijkste passages van het vonnis, <http://bat8.inria.fr/~lang/google/footer.html>.

zonder tegenbewijs geacht wordt rechthebbende te zijn. In zijn commentaar op het vonnis stelt Lang de juistheid hiervan ter discussie, met name terzake van de digitale rechten.²² Op het Franse vonnis is kortom kritiek mogelijk en het verbaast dus niet dat Google in hoger beroep is gegaan.

Over Google's openbaarmaking van de snippets merkt Band op dat het Amerikaanse fair use in het algemeen flexibeler is en ruimer hergebruik toestaat dan de beperkingen in de auteurswetten van andere landen.²³ Of het online tonen van de snippets onder het citaatrecht toelaatbaar is,²⁴ zou in ieder land volgens nationaal auteursrecht moeten worden beoordeeld.²⁵ In de Nederlandse rechtspraak lijkt een tendens tot versoepeling van het contextvereiste te bespeuren. Zo werd het door gespecialiseerde zoekmachines overnemen van korte delen van beschrijvingen van te koop staande huizen, inclusief verkleinde foto's, gekwalificeerd als geoorloofd citeren.²⁶ Hier ontbrak een informatieve uiting waarin de citaten functioneel waren geïncorporeerd; in plaats daarvan beschouwde de rechter de citaten zelf als korte aankondigingen van wat men te zien krijgt als men de in het citaat opgenomen 'deeplink' naar de complete informatie op de betreffende makelaars-site aanklikt. De snippets die Google toont, zijn of bevatten zelf geen deeplinks. Wel zijn naast de snippets deeplinks opgenomen naar online boekhandels en dichtstbijzijnde bibliotheken. Anders dan de geciteerde huizeninformatie verwijzen de snippets echter niet door naar digitale full-text elders op internet. Het is niet gemakkelijk te voorspellen of Nederlandse rechters de snippets zouden kwalificeren als citaten in de vorm van aankondigingen van een fysiek boek dat elders te koop of te leen is.

Google Book Settlement: stand van zaken

Nadat ze eind 2005 hun rechtszaken waren gestart, hebben de eisende Amerikaanse auteurs en uitgevers zich verenigd en ruim twee jaar met Google onderhandeld over een schikking. Deze Google Book Settlement (GBS) werd op 28 oktober 2008 wereldkundig gemaakt. Dit schikkingsvoorstel is gebaseerd op de Amerikaanse rechtsfiguur van de class action, waardoor hij mede betrekking heeft op rechthebbenden die niet behoren tot de oorspronkelijke eisende partijen, maar wel hetzelfde nadeel hebben geleden en vergelijkbare belangen hebben als eisers zelf.

Vanwege deze ruime impact, die zich kan uitstrekken tot belanghebbenden wereldwijd, vereist een 'class action settlement' goedkeuring door de rechter. Die moet na een hoorzitting beoordelen of de schikking 'fair, reasonable and adequate' is, terwijl de class members vooraf via een notice van de schikking op de hoogte moeten worden gebracht en de mogelijkheid moeten krijgen zich eruit terug te trekken.²⁷ Ook kunnen inhoudelijke bezwaren tegen de schikking worden ingediend bij de rechter. Die kan het schikkingsvoorstel alleen in zijn geheel goed- of afkeuren, maar hij kan bij afkeuring aangeven welke wijzigingen nodig zouden zijn voor goedkeuring.

Aanvankelijk stond de hoorzitting gepland op 7 oktober 2009, maar er werden zoveel inhoudelijke bezwaren ingediend – onder meer mededingingsrechtelijke door het Amerikaanse Department of Justice – dat partijen aanleiding zagen hun voorstel aan te passen. Op 13 november 2009 presenteerden zij een herziene versie (170 pagina's, plus ruim 180 pagina's bijlagen), die op de zitting van 18 februari 2010 bij de New-Yorkse District Court ter beoordeling voorlag.²⁸ Elders in dit blad bespreekt Pamela Samuelson de standpunten die op deze zitting naar voren zijn gebracht. Op het moment van schrijven van de onderhavige bijdrage was het oordeel van de rechtbank nog niet bekend.

De Settlement in het kort

Het schikkingsvoorstel geldt alleen voor auteursrechtelijk beschermde boeken die zijn gedigitaliseerd via het Library Project.²⁹ De GBS verruimt het gebruik dat Google van deze boeken mag maken enorm; in plaats van het tonen van louter snippets, krijgt Google de niet-exclusieve bevoegdheid om gebruikers tegen betaling full-texttoegang te bieden tot het merendeel van de boeken, in ruil voor inkomstendeeling met de rechthebbenden. Wie Google dit commerciële gebruik niet wil toestaan, kan zijn/haar boeken hiervan laten uitsluiten ('right to exclude').³⁰

Revenuen uit Google's inkomstenmodellen zullen aan de rechthebbenden worden uitbetaald door een op kosten van Google in te richten 'not-for-profit' Book Rights Registry.³¹ Dit Registry, waarin vertegenwoordigers van uitgevers en auteurs zitten, zal ook aan andere partijen licenties kun-

22 Lang 2009 (noot 21).

23 Band 2009 (noot 17), p. 258.

24 Art. 10 lid 1 Berner Conventie.

25 Adolphsen/Mutz 2009 (noot 20), p. 792 verwachten dat het citaatrecht in het Duitse Urheberrechtsgesetz Google niet kan baten, omdat dit eist dat de citaten worden gebruikt in een eigen betoog, dat hier ontbreekt.

26 Rb. Arnhem 16 maart 2006, AMI 2006, p. 93 m.nt. Chr.A. Alberdingk Thijm (NVM-makelaars/ZAH); Hof Arnhem 4 juli 2006, AMI 2007, p. 93 m.nt. K.J. Koelman (Zoekallemakelaars.nl); V.z. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, AMI 2007, p. 148 m.nt. K.J. Koelman (Stichting Baas in eigen huis/Plazacasa).

27 Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23(e): <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>. Terugtrekken uit de herziene schikking was mogelijk tot uiterlijk 28 januari 2010. Dezelfde datum is van belang voor degenen die zich al hadden teruggetrokken uit het eerste schikkingsvoorstel; wensens zij toch

weer deel te nemen aan de herziene schikking, dan konden zij zich vóór die datum aanmelden.

28 Zie <http://www.googlebooksettlement.com>; bijlage N beschrijft de belangrijkste wijzigingen.

29 Anders dan in Europa behoren volgens het Amerikaanse auteursrecht alle boeken uitgegeven vóór 1923 reeds tot het publiek domein.

30 Sec. 3.5(b). Men kan ook om algehele verwijdering verzoeken ('right to remove'), mits uiterlijk vóór 9 mei 2012. Het boek is dan niet meer toegankelijk voor Google, zie secs. 1.126 en 3.5(a) van de herziene GBS. Na deze datum kan men alleen 'removal' verzoeken voor boeken die Google nog niet heeft gescand, of concrete gebruiksvormen verbieden zoals de opname in inkomstenmodellen (right to exclude), zie sec. 3.5(a)(iii) herziene GBS.

31 Daarvoor betaalt Google 34,5 miljoen dollar. Bovendien betaalt ze maximaal 30 miljoen dollar aan advocaatkosten voor de Authors Guild (secs. 5.3 en 5.5

nen verstrekken. Zo wordt dus een nieuwe collectieve beheersorganisatie in het leven geroepen, speciaal voor de rechthebbenden wier boeken door Google zijn gescand.

In feite is de GBS een verstrekkende licentieovereenkomst, waarin zowel Google's eigen aansprakelijkheid voor haar vroegere en toekomstige handelingen wordt opgeheven als die van de Amerikaanse universiteitsbibliotheken die aan haar Library Project deelnemen.³² Van belang is dat deze schikking uitsluitend wordt geregeerd door het Amerikaanse recht, zodat Google's licentie tot commercialisering van de full-text zich beperkt tot Amerika. In de rest van de wereld blijft Google slechts 2 tot 3 snippets per beschermd boek tonen.³³

Definitie van 'Book'

Google mag in Amerika niet alle boeken commercieel gaan exploiteren. De definitie van 'Book' is ingrijpend ingeperkt in de herziene schikking. Het eerste voorstel had nog betrekking op de gescande boeken van alle rechthebbenden die in Amerika auteursrecht konden doen gelden (via de class action-figuur). Daarmee strekte hij zich dus mede uit tot rechthebbenden uit alle landen die partij zijn bij de Berner Conventie.³⁴

Tegen deze wereldwijde strekking kwam veel protest van niet-Amerikaanse en met name Europese rechthebbenden. Vele uitgevers en auteurs verzetten zich tegen toepassing van de Amerikaanse class action-figuur, waardoor zij zonder het te weten en zonder aan de onderhandelingen te hebben kunnen deelnemen, betrokken werden in een schikking met grote economische consequenties. In Europa hebben rechthebbenden dit ook bij nationale overheden aangekaart en, via de lidstaten Frankrijk en Duitsland, bij de Europese Commissie.³⁵ De New-Yorkse District Court ontving dan ook veel bezwaren tegen de ruime strekking van de GBS van niet-Amerikaanse auteurs en uitgevers en ook van de Franse en Duitse overheid, die 'amicus curiae'-brieven stuurden.³⁶ Het Amerikaanse Department of Justice liet de

rechter weten te betwijfelen of de Amerikaanse uitgevers en de Authors Guild wel representatief geacht konden worden voor de vele niet-Amerikaanse rechthebbenden.³⁷

Onder deze grote druk zagen partijen zich genooddaakt om de reikwijdte van de GBS fors in te perken. In de herziene versie is de definitie van 'Book' beperkt tot geschreven of gedrukte werken die vóór of op 5 januari 2009³⁸ in papieren vorm zijn gepubliceerd of anderszins aan het publiek openbaar gemaakt en die zijn geregistreerd bij de U.S. Copyright Office of gepubliceerd in Australië, Canada of het Verenigd Koninkrijk. Nederlandse auteurs kunnen zo alsnog betrokken zijn als hun werk is uitgegeven door internationale uitgeverijen of vertaald in het Engels is uitgebracht door een uitgeverij in een van bovengenoemde landen. Niettemin zijn door deze inperking van de boekdefinitie ineens 3 à 4 miljoen (veelal niet-Engelstalige) reeds gescande boeken uit de Settlement weggeschreven.³⁹

Wat overigens ook niet onder de schikking valt, zijn tijdschriften, ongepubliceerd materiaal (zoals dagboeken of brieven) en boeken waarvan meer dan 20% van de pagina's meer dan 20% notenbalken en liedteksten bevatten. Ook foto's, illustraties (zoals in kinderboeken), kaarten, schilderijen en andere afbeeldingen vallen buiten de schikking, tenzij de rechthebbende op de tekst van het boek tevens de rechthebbende op het beeldmateriaal is. Is dat niet het geval, dan zal Google dit beeldmateriaal naar eigen zeggen niet in de te commercialiseren full-textweergave tonen.⁴⁰

Definitie van 'Commercial Availability'

De GBS maakt onderscheid tussen wel en niet commercieel verkrijgbare boeken. De definitie van 'commercial availability' in de GBS lag eveneens onder vuur van uitgevers. Die is van groot belang omdat Google commercieel verkrijgbare boeken – of: boeken die nog in druk zijn⁴¹ – niet zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbenden full-text mag exploiteren om de commerciële belangen van uitgevers niet te frustreren.⁴²

herziene GBS) en naar verluidt maximaal 15,5 miljoen dollar voor de advocaatkosten van de Association of American Publishers.

32 'Fully Participating Libraries' krijgen een kopie van de scans die Google van hun auteursrechtelijk beschermde boeken maakt, waarvan ze restrictief gebruik mogen maken. Zo is het hun niet toegestaan toegang te verlenen tot hun scans, behalve als volgt: ze mogen geregistreerde, gekwalificeerde gebruikers (eigen medewerkers, wetenschappers en medewerkers van Amerikaanse universiteiten, musea, overheids- en onderzoeksinstituten) alleen toegang geven tot hun scans voor automatische computeranalyses ('Non-Consumptive Research'), niet om de boeken inhoudelijk te bestuderen. Deelnemende universiteitsbibliotheken mogen hun eigen medewerkers maximaal vijf pagina's per boek laten lezen, printen of downloaden uitsluitend voor persoonlijk onderzoek en onderwijsdoelen. Elk gebruik moet worden geregistreerd ten behoeve van controles door het Registry. Zie sec. 7(2) herziene GBS en het (geamendeerde) contract van de University of Michigan: <http://thepublicindex.org/docs/libraries>.

33 Tenzij ze grotere gedeelten 'read only' op basis van het Partner Program beschikbaar mag stellen.

34 Sec. 1.16 oud versus sec. 1.19 nieuw. Zie ook J. Band, 'The Google Settlement: International Implications', *Computer Law Review International* 2009/3, p. 72-75.

35 De Commissie heeft op 7 september 2009 een hoorzitting over de GBS gehouden en op verzoek van de Lidstaten een 'impact assessment' opgesteld over de effecten ervan voor Europa, zie noot 97.

36 Zie hun bezwaren tegen het eerste schikkingsvoorstel onderaan <http://thepublicindex.org/documents/responses>. Een interessante samenvatting geeft R. Darnton, 'Google and the New Digital Future', *The New York Review of Books* 17 December 2009, Vol. 56, nr. 20, <http://www.nybooks.com/articles/23518>.

37 Statement of Interest of the United States of America, <http://thepublicindex.org/docs/letters/usa.pdf>.

38 Google digitaliseert natuurlijk door, wat de vraag doet rijzen wat er gebeurt met recenter uitgegeven boeken. Op haar site vermeldt Google dat boeken pas een jaar na publicatie worden gescand, wat de uitgever de tijd geeft om de boeken aan te melden via het Partner Program of bij Google vooraf te melden dat ze niet mogen worden gescand, http://books.google.com/googlebooks/publisher_library.html#options2.

39 Dat roept vragen op over de juridische positie van hun rechthebbenden. Kunnen zij bijvoorbeeld nog Cash Payments claimen voor het scannen zonder toestemming? Die zijn alleen beschikbaar voor 'boeken' zoals (nu enger) gedefinieerd in de GBS, maar hun werken zijn wel al door Google gescand. Ook hebben velen zich wellicht al bij het Registry geregistreerd; wat gebeurt er met hun wensen en gegevens?

40 Mededeling van Dan Clancy, engineering director van Google Book, tijdens de hoorzitting die de Europese Commissie op 7 september 2009 over de Google Book Settlement hield.

41 Zie bijlage A van de herziene GBS.

42 Zie Art. V van bijlage A van de herziene GBS en het antwoord op vraag 39 op

In het eerste schikkingsvoorstel waren alleen papieren boeken die nieuw te koop werden aangeboden in de Verenigde Staten 'commercially available'. Daardoor voelden buitenlandse uitgevers en rechthebbenden wier boeken niet in de VS maar wel elders verkrijgbaar zijn, zich benadeeld. Met de inperking van de boekdefinitie is ook de omschrijving van 'commercial availability' aangepast: een boek is commercieel verkrijgbaar wanneer het op het controlemoment te koop wordt aangeboden door een verkoper waar dan ook ter wereld aan kopers in de Verenigde Staten, Australië, Canada of het Verenigd Koninkrijk.⁴³ Google zal 'commercially reasonable efforts' verrichten om dit vast te stellen, door middel van informatie in databanken van derden en publiek toegankelijke informatie op internet. Ze deelt haar kwalificatie van een boek mee aan het Registry, waarna de rechthebbende zestig dagen de tijd heeft om bij de kwalificatie 'niet-commercieel verkrijgbaar' het tegendeel aan te tonen, voordat Google het boek commercieel gaat exploiteren.⁴⁴ Dit kan de rechthebbende echter ook op andere momenten nog doen omdat de situatie gaandeweg immers kan veranderen, en ook Google kan op gezette tijden opnieuw checken of het boek nog steeds verkrijgbaar is.

Een belangrijk bezwaar van uitgevers waaraan de herziene GBS niet tegemoet is gekomen, is dat de definitie van 'commercial availability' alleen kijkt naar de verkrijgbaarheid van papieren boeken en niet ook naar andere vormen zoals e-books en 'Print on Demand' (POD), terwijl die nu sterk opkomen. Volgt men de Google-definitie, dan is naar schatting minder dan 5% van alle gescande boeken die auteursrechtelijk beschermd zijn nog commercieel verkrijgbaar.⁴⁵ Standaard voor deze categorie is dat Google er alleen 'Non Display Use' van mag maken. Dat houdt in dat ze de boeken wel geheel mag scannen en indexeren en de full-textversie voor haar interne research en development mag gebruiken, maar gebruikers alleen bibliografische informatie mag tonen (titel, auteur, uitgever, aantal pagina's).

Alleenrecht op verweesde werken

Geschat wordt dat minstens 75% van alle door Google gescande boeken niet meer commercieel verkrijgbaar is,

maar nog wel auteursrechtelijk beschermd.⁴⁶ Ten aanzien van deze grootste categorie boeken geeft de Settlement Google ook de ruimste rechten. In principe mag Google de full-text ervan exploiteren via diverse 'Display Uses' inclusief inkomstenmodellen, tenzij de rechthebbende Google opdraagt ze daaruit te halen.⁴⁷

Hierover zijn terecht grote zorgen geuit. Voor deze boekencategorie geldt namelijk dat veelal niet bekend is wie de rechthebbende is. Naarmate boeken langer geleden zijn gepubliceerd, is de kans op een onduidelijke (digitale) rechtensituatie groter omdat uitgeverijen kunnen zijn opgeheven en contracten vaak niet meer bewaard zijn. Wanneer de rechthebbende of diens rechtsopvolgers wel bekend zijn, dan is hun adres dat veelal niet. Binnen de categorie niet commercieel verkrijgbare werken is de subcategorie van de verweesde werken naar verwachting dan ook zeer groot.⁴⁸ Omdat de rechthebbenden onbekend of onvindbaar zijn, kunnen zij per definitie niet formeel worden vertegenwoordigd door de Authors Guild. Niettemin verleent de GBS Google een verstrekkende licentie voor de commerciële exploitatie van hun werken.

Waren hun belangen gelijk te achten aan die van de Authors Guild, dan was dit misschien overkomelijk geweest. Een belangrijk bezwaar is echter dat de leden van de Amerikaanse Authors Guild voornamelijk literaire schrijvers zijn,⁴⁹ terwijl de categorie verweesde werken voor het merendeel geschreven is door academische auteurs. De collecties van de Amerikaanse universiteitsbibliotheken in het Library Project bevatten immers hoofdzakelijk wetenschappelijke werken. Pamela Samuelson⁵⁰ en Bernard Lang⁵¹ hebben er dan ook op gewezen dat commerciële belangen (inkomstendeling) lang niet altijd prioriteit hebben voor academische auteurs, maar dat zij in lijn met de 'Open Access'-gedachte⁵² wellicht liever zouden wensen dat hun boeken gratis toegankelijk zijn, bijvoorbeeld via een Creative Commons-licentie.⁵³ Dat commerciële exploitatie de standaard voor hun boeken in de GBS is, ligt dus niet zonder meer voor de hand. Gezien de uiteenlopende belangen van academische en literaire auteurs is dan ook gerede twijfel mogelijk over de representativiteit van de Amerikaanse Authors Guild.⁵⁴ Samuelson schreef over de verweesde werken als 'dead souls': '[...] the proposed settlement

<http://www.googlebooksettlement.com/help/bin/answer.py?answer=118704&hl=nl#q27>: voor een commercieel verkrijgbaar boek gaat de GBS ervan uit dat zowel de uitgever als auteur rechthebbende zijn. De procedure is dan dat de uitgever de keus maakt welke 'Display Uses' hij Google wil toestaan. Dit moet hij meedelen aan het Registry en de auteur. Die laatste heeft 30 dagen om de uitgever en het Registry te laten weten dat hij geen toestemming geeft. Doet hij dat niet, dan start Google na deze termijn met het gebruik waarvoor de uitgever toestemming heeft gegeven.

43 Sec. 1.13 herziene GBS.

44 Sec. 3.3(a) herziene GBS. Hoe de rechthebbende van de kwalificatie op de hoogte raakt, wordt niet geëxpliciteerd.

45 Presentatie Michael Healy, beoogd directeur van het Registry, presentatie 25 augustus 2009, Ex Libris Annual Meeting 2009. Auteursrechtelijk beschermd is meer dan 80% van de door Google gescande boeken; minder dan 20% is publiek domein.

46 Zie de vorige noot.

47 Zie de definitie van 'Display Uses' in sec. 1.52 van de herziene GBS.

48 M. Elferink, A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken*, rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie/WODC, juli 2008,

<http://tinyurl.com/verweesdewerken>. Zie ook M.R.F. Senftleben, 'Pacman forever. Preserving van computergames', *AMI* 2009, p. 221-228.

49 Bij de start van de rechtszaak in 2005 had de Authors Guild circa 8.000 leden.

50 P. Samuelson, 'The Dead Souls of the Google Book Search Settlement', *Communications of the ACM* July 2009, Vol. 52, nr. 7, p. 28-30, <http://preview.tinyurl.com/samuelsondeadsouls>.

51 B. Lang, 'Orphan Works and the Google Book Search Settlement: an International Perspective', versie 17 september 2009, met name p. 15-17, <http://pauillac.inria.fr/~lang/ecrits/liste/orphan-gbs.pdf>.

52 De Berlin Declaration die 'Open Access' definieert (http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlin_declaration.pdf), is ondertekend door alle Nederlandse universiteiten.

53 De herziene GBS biedt rechthebbenden nu de mogelijkheid Google op te dragen een CC-licentie aan hun werken te verbinden en deze werken niet te commercialiseren, maar voor verweesde werken zullen zich per definitie geen rechthebbenden melden.

54 Academische auteurs van niet-verweesde werken hebben overigens ook niet mee kunnen onderhandelen.

of this lawsuit is a privately negotiated compulsory license primarily designed to monetize millions of orphan works. It will benefit Google and certain authors and publishers, but it is questionable whether the authors of most books in the corpus (the "dead souls" [...]) would agree that the settling authors and publishers will truly represent their interests when setting terms for access to Book Search.⁵⁵

De rechthebbenden van potentieel verweesde werken⁵⁶ delen mee in Google's commerciële exploitatie van hun boeken. Als gevolg van deze financiële stimulans zullen volgens Google minder werken verweesd blijken dan gedacht en zullen meer rechthebbenden dan verwacht zich registreren om te kunnen incasseren. De verwachtingen lopen hierover uiteen, maar waarschijnlijk zullen lang niet alle inkomsten bij het Registry geclaimd worden (de GBS spreekt van 'Unclaimed Works'). Er zijn dan ook zorgen geuit over de inspanningen die Google en/of het Registry zou moeten verrichten om naar rechthebbenden te zoeken en over de uiteindelijke bestemming van het ongeclaimde geld. In de eerste versie van de GBS zou dit geld vijf jaar na binnenkomst ten goede komen aan het Registry ten behoeve van haar operationele kosten en reserve-opbouw en wat overbleef zou worden verdeeld onder de rechthebbenden die zich wel hebben geregistreerd. De kritiek hierop, onder meer van het Amerikaanse Department of Justice, luidde dat het geld zo ten koste van de niet opgedoken rechthebbenden zou toevloeien naar partijen die er geen recht op hebben.

In de herziene GBS is dit dan ook gewijzigd. Ten eerste is het Registry uitgebreid met een 'Unclaimed Works Fiduciary'; een persoon die auteur noch uitgever is, met zeggenschap over de (exploitatie van) verweesde werken.⁵⁷ Ten tweede is de opsporingsrol van het Registry verzwaaard. In de eerste GBS-versie stond dat het Registry 'will attempt to locate Rights-holders', dat is geworden: 'will, from its inception, use commercially reasonable efforts to locate Rightsholders'.⁵⁸ Ten derde wordt het geld dat is binnengekomen voor Unclaimed Books in elk geval vijf jaar in reserve gehouden voor alsnog opduikende rechthebbenden. Vanaf het zesde jaar gebruikt het Registry per jaar maximaal een kwart van het bedrag voor pogingen om de rechthebbenden op te sporen. Na het tiende jaar zal het Registry in overleg met de Unclaimed Works Fiduciary (en na een inspraakmogelijkheid voor geregistreerde rechthebbenden en de bibliotheken waar Google heeft gescand) de rechter om toestemming verzoeken het geld te verdelen onder 'literacy-based charities' in de vier herkomstlanden van

de boeken.⁵⁹ Er valt uiteraard te twisten over een geschikte bestemming voor het verweesde geld.

Principieel gezien is de GBS-licentie voor verweesde werken zeer problematisch. Veel partijen – waaronder bibliotheken, juristen en commerciële bedrijven⁶⁰ – hebben er terecht op gewezen dat Google het alleenrecht krijgt om verweesde werken te gebruiken en er zelfs aan te verdienen. Via de niet-exclusieve licentie verkrijgt zij in de praktijk een monopolie, omdat andere partijen nog maar moeten afwachten of zij een vergelijkbare regeling zouden kunnen treffen. Volgens het opt in-systeem van het auteursrecht is het gebruik van een verweesd werk onrechtmatig, omdat voorafgaande toestemming van de rechthebbende is vereist en die kan men van onbekende of onvindbare rechthebbenden immers niet verkrijgen. Via een privaat onderhandelde schikking verwerft Google uitsluitend voor zichzelf een licentie voor verweesde werken. Het Amerikaanse Department of Justice heeft dit alleenrecht eveneens aangekaart bij de rechter die de schikking moet goedkeuren.⁶¹ Ook Samuelson betoonde zich zeer kritisch; volgens haar is de GBS 'a massive restructuring of the book industry's future without meaningful government oversight. The market for digitized orphan books could be competitive, but will not be if this settlement is approved in its current form without modification.'⁶²

Na gesprekken met het Department of Justice hebben partijen hun schikkingsvoorstel aangepast door de reeds genoemde Unclaimed Works Fiduciary te introduceren, die de belangen van rechthebbenden van verweesde werken moet behartigen. De herziene GBS bepaalt dat deze Fiduciary 'may license to third parties the Copyright Interests of Rightsholders of unclaimed Books and Inserts to the extent permitted by law'.⁶³ Aangezien Amerikaanse wetgeving het (nog) niet mogelijk maakt om verweesde werken aan wie dan ook te licentiëren, signaleert Grimmelmann terecht dat dit geen verbetering heeft gebracht.⁶⁴ Integendeel: door de mogelijkheid van licentiëring aan derden nu expliciet afhankelijk te stellen van wetgeving, brengt Google anderen in een slechtere positie omdat zij de door haar bewandelde weg van een private schikking voor hen afsnijdt. De 'barrier to entry' voor derden blijft zo dus bestaan, terwijl de opheffing ervan geheel afhankelijk wordt gemaakt van eventuele toekomstige wetgeving van de Amerikaanse overheid.⁶⁵ Aan de andere kant voorziet de GBS er wel in dat ook Google het recht heeft te profiteren van toekomstige wetgeving voor verweesde werken, in geval de GBS haar op achterstand zou plaatsen ten opzichte van concurrenten.⁶⁶

55 Samuelson 2009 (noot 50), p. 28.

56 'Potentieel' omdat Google de rechthebbenden niet gaat zoeken, dus men weet vooraf niet welke werken verweesd zijn.

57 Sec. 6.2(b)(iii) herziene GBS.

58 Sec. 6.1(c) herziene GBS.

59 Sec. 6.3(a) herziene GBS.

60 Zie onder meer Samuelson 2009 (noot 50) en J. Grimmelmann, 'Google and the Zombie Army of Orphans', 14 March 2009, <http://james.grimmelmann.net/essays/ZombieArmy>.

61 Zie noot 37 en P. Samuelson, 'DOJ Says No to Google Book Settlement', *The Huffington Post* 20 September 2009, <http://www.huffingtonpost.com/pamela>

samuelson/doj-says-no-to-google-boo_b_292796.html.

62 Samuelson 2009 (noot 50), p. 30.

63 Sec. 6.2(b)(1) herziene GBS.

64 James Grimmelmann, 'GBS: Midnight Madness', weblog *Laboratorium.net* 14 November 2009: http://laboratorium.net/archive/2009/11/14/gbs_midnight_madness.

65 In 2008 werd de Orphan Works Act (H.R. 5889) als wetsvoorstel ingediend bij het Amerikaans congres en is daar vooralsnog blijven steken, zie <http://www.copyright.gov/orphan>.

66 Sec. 3.8 herziene GBS (en sec. 7.2(b)(v) idem voor de in de GBS betrokken bibliotheken).

Google's alleenrecht op het gebruik van verweesde werken wordt nog versterkt doordat zij mogelijk zelf een juridisch monopolie op deze gedigitaliseerde werken verkrijgt. Google doet zeer substantiële scan-investeringen en aanzien ze ettelijke vestigingen in Europa heeft, geniet zij wellicht het Europese databankrecht op haar enorme databank, inclusief de verweesde werken en publiek domeinboeken.⁶⁷

Inkomstenmodellen en registratie door rechthebbenden

Alle niet-commercieel verkrijgbare boeken waarop nog auteursrecht rust, dus inclusief verweesde werken, mag Google full-text in Amerika gaan commercialiseren. Dit geldt tenzij de rechthebbende verzoekt om verwijdering van zijn/haar boeken uit deze inkomstenmodellen.⁶⁸ De GBS staat Google drie modellen toe:⁶⁹

1. 'Institutional Subscriptions': abonnementen o.a. voor onderwijs- en overheidsinstellingen, bibliotheken en bedrijven. Gebruikers binnen deze instellingen kunnen de boeken full-text lezen, beperkt printen en er annotaties aan toevoegen.
2. 'Consumer Purchases': gebruikers kunnen een digitaal boek (al dan niet via wederverkopers) na betaling full-text lezen, kopiëren en/of printen en annoteren.
3. 'Preview Uses' inclusief advertenties: gebruikers van Google's zoekmachine krijgen gratis maximaal 20% van de tekst 'read only' te zien (plus de titelpagina, de pagina met auteursrechtinformatie, inhoudsopgave en index), met daarnaast advertenties.

De prijs voor de institutionele abonnementen wordt bepaald door Google samen met de uitgevers en auteurs in het Registry.⁷⁰ De herziene GBS voorziet verder in drie toegevoegde betaalmodellen, die Google en het Registry in de toekomst samen overeen kunnen komen: 'Print on Demand' voor niet commercieel verkrijgbare boeken, 'File Download' (voor e-readers, mobiele telefoons e.d.) en 'Consumer Subscriptions' (abonnementen voor individuele gebruikers).⁷¹

Rechthebbenden ontvangen een vergoeding die in twee onderdelen uiteen valt:

1. een 'Cash Payment' van (minstens) \$60 voor ieder boek dat Google vóór 5 mei 2009 heeft gedigitaliseerd.⁷² Op dit bedrag hebben rechthebbenden ook recht als ze

daarnaast verwijdering van hun boeken uit de inkomstenmodellen wensen. Voor de Cash Payments stelt Google minimaal \$45 miljoen beschikbaar. De GBS maakt niet duidelijk wanneer die worden uitbetaald, maar om ervoor in aanmerking te komen moet men vóór 31 maart 2011 een claimformulier bij het Book Rights Registry indienen.

2. Zodra Google revenuen genereert uit de inkomstenmodellen waarvan hun boeken deel uitmaken: een eenmalige 'Inclusion Fee' van maximaal \$200 per boek en daarnaast deling in Google's eventuele meer-inkomsten (37% gaat naar Google en 63% naar de rechthebbende uitgevers en auteurs, tenzij anders overeengekomen).⁷³ De Inclusion Fees betaalt het Registry niet eerder uit dan minimaal tien jaar nadat het Registry inkomsten van Google heeft ontvangen. Om ervoor in aanmerking te komen, moet men zijn/haar boeken binnen tien jaar na de datum van inwerkingtreding van de GBS bij het Registry registreren. Voor inkomsten uit de verdienmodellen moet men dus minstens een decennium geduld hebben, terwijl na afloop daarvan niet gezegd is dat het uit te keren bedrag hoger zal zijn dan \$200; lager is ook mogelijk.⁷⁴ Verder geeft Google in de GBS geen uitsluitel over de vraag wie (als eerste) in aanmerking komt voor eventuele meer-inkomsten boven de \$200; of daarvoor wordt gekeken naar de mate van gebruik van individuele werken is onzeker.

De veelgehoorde kritiek is dat het steeds de rechthebbenden zelf zijn die actie moeten ondernemen, ofwel om hun boeken uit Google's databank of inkomstenmodellen te laten verwijderen of om voor uitbetaling in aanmerking te komen. Het onderliggende, principiële bezwaar dat zeer vaak is geventileerd, is dat de GBS een 'opt out'-aanpak hanteert, terwijl het auteursrecht daarentegen voorafgaande toestemming voorschrijft, dus juist een opt in-systeem kent. Vele rechthebbenden is door Google niets gevraagd en zij hebben niet mee kunnen onderhandelen, maar zijn via de class action-figuur toch in de beschikking betrokken.

Ook zijn de meningen verdeeld over de vraag of de registratie die de GBS in vele gevallen voor rechthebbenden verplicht stelt, voor wat betreft de niet-Amerikaanse boeken strijdig is met het formaliteitenverbod van art. 5(2) van de Berner Conventie. Dit bepaalt voor internationale situaties dat het genot en de uitoefening van het auteursrecht aan geen enkele formaliteit zijn onderworpen. Google zegt Ricketson te hebben geraadpleegd, die volgens haar van mening was dat de registratieplicht in de GBS hiermee niet

⁶⁷ Art. 11 lid 2 van de Databankrichtlijn vereist dat een onderneming is opgericht overeenkomstig de wetgeving van een Lidstaat en haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging binnen de Gemeenschap heeft. Heeft zij alleen haar statutaire zetel op het grondgebied van de Gemeenschap, dan moeten haar werkzaamheden een daadwerkelijke en duurzame band hebben met de economie van een Lidstaat. Art. 11 stelt niet dat de databank in Europa moet worden geproduceerd en/of onderhouden. Google's servers bevinden zich overigens over de gehele wereld.

⁶⁸ Boeken die nog commercieel verkrijgbaar zijn, mag Google overigens op dezelfde wijze exploiteren mits de rechthebbenden daarvoor vooraf toestemming geven.

⁶⁹ Secs. 4.1 t/m 4.3 herziene GBS.

⁷⁰ Google kan besluiten om openbare bibliotheken via één terminal in hun gebouw een gratis 'Public Access Service' te bieden, vanwaar eindgebruikers kunnen printen tegen een vaste paginavergoeding. Afhankelijk van hun aantal studenten kunnen ook not-for-profit hoger onderwijsinstellingen hiertoe bij Google een verzoek indienen.

⁷¹ Sec. 4.7 herziene GBS.

⁷² Secs. 2.1b en 5.1 herziene GBS. Voor 'Inserts' (o.a. voorwoorden, essays, gedichten) is \$15 beschikbaar.

⁷³ Sec. 2.1a herziene GBS en bijlage C, sec. 1.2.

⁷⁴ Sec. 1.2(f)(ii)(1) van bijlage C.

in strijd is.⁷⁵ De Europese Commissie merkt in haar Impact Assessment van de GBS op dat de registratieplicht onderdeel is van een private overeenkomst en niet een door een staat ingestelde formaliteit betreft.⁷⁶

Google en bibliotheken

Google Book wordt vaak de grootste digitale bibliotheek ter wereld genoemd. De kwalificatie 'bibliotheek' lijkt echter niet geheel op zijn plaats.⁷⁷ Traditioneel denkt men dan aan een not-for-profit, openbaar toegankelijke boekenbe- waarplaats opgericht in dienst van het algemeen belang en bestemd om een zo groot mogelijk publiek toegang te geven tot haar collectie. De meeste landen beschikken over een nationale bibliotheek met een in de wet verankerde taakstelling, die de opdracht heeft alles wat in eigen land is gepubliceerd te verzamelen, duurzaam te bewaren en publiek te ontsluiten. Ook de Auteurswet erkent het grote maatschappelijke belang van bibliotheken, musea en archieven voor de preservatie van en toegangverlening tot cultureel erfgoed. Dat doet de wet door hun kerntaken mogelijk te maken via speciale beperkingen.

De essentiële rol die bibliotheken voor de maatschappij vervullen, brengt specifieke verantwoordelijkheden met zich mee. Zij functioneren ten behoeve van het publieke belang en hun werkzaamheden dienen daarom aan diverse waarborgen te voldoen. Zo moeten bibliotheken laagdrempelige toegang tot hun collectie waarborgen via een betaalbaar lidmaatschap en de privacy van hun gebruikers beschermen, bijvoorbeeld door leengegevens niet zomaar aan derden te verstrekken. Bibliotheken twijfelen of een Amerikaanse onderneming met winst oogmerk dezelfde waarborgen zal bieden.⁷⁸ Dit is te meer reden tot zorg omdat Google inmiddels een *de facto* monopolie heeft verworven ten aanzien van de toegangverlening tot digitale full text. De enorme schaal waarop Google scant is niet meer te evenaren door potentiële concurrenten, nu ze een digitaliseringsvoorsprong heeft van vijf jaar.⁷⁹ Naast dit *de facto* monopolie heeft zij wellicht ook het exclusieve databankrecht verworven op haar databank.

Hieraan gerelateerd is de zorg van bibliotheken over onbegrensde prijsstijgingen van Google's institutionele abonnementservice. Bibliotheken zullen niet zonder abonnement kunnen, zeker niet naarmate ze steeds meer boeken alleen nog in digitale vorm zullen verzamelen in

plaats van ook nog op papier. Verder is de verwachting dat steeds meer materiaal louter nog in digitale vorm zal verschijnen. In het Registry zijn echter geen bibliotheken of eindgebruikers vertegenwoordigd die een vinger aan de pols kunnen houden.⁸⁰ De rechter heeft bovendien geen vergelijkingsmateriaal waaraan hij excessieve prijsstijgingen kan toetsen, omdat er geen equivalent van Google Book bestaat. En welke (prijs)waarborgen zijn er als Google haar complete boekenbestand verkoopt aan Rupert Murdoch of aan China?⁸¹

De eerste versie van de GBS bevatte de zogenoemde '*most-favored-nation-clause*', die het Registry tien jaar verbod om haar boekenbestand aan derden te licentiëren tegen gunstiger voorwaarden dan Google had bedongen.⁸² Om mededingingsrechtelijke redenen is deze bepaling op last van het Department of Justice verwijderd. Niettemin kunnen Google en het Registry nog steeds prijzen bepalen; de precedentwerking die uitgaat van de vergoedingen die rechthebbers in de GBS krijgen toegezegd, kan ertoe leiden dat zij bij andere digitaliseringspartijen met minder geen genoegen willen nemen (als ze al bereid zijn een licentie te verlenen voor een alternatief (bijvoorbeeld niet-commercieel) project). Die vrees wordt mede gevoed door het gegeven dat er, ondanks bezwaren van velen,⁸³ geen academische auteurs in het Registry vertegenwoordigd zullen worden. Het komt dus op individuele, zich registrerende auteurs neer om de waarden van Open Access en Creative Commons in Google Book niet te laten ondersneeuwen.

De grote merites die Google Book voor gebruikers heeft, staan buiten kijf. In dat licht hebben bibliotheken en anderen gewezen op de onwenselijke informatiekloof die er tussen Amerika en de rest van de wereld zal ontstaan wanneer alleen gebruikers in Amerika (betaalde) full-texttoegang kunnen krijgen tot Google's boekenbestand.

Een andere zorg van bibliotheken betreft de digitale duurzaamheid van de scans die Google maakt. Zijn die over vijftig jaar nog te lezen? Het bedrijf geeft hiervoor geen garanties en gaat ervan uit dat de deelnemende bibliotheken zelf voor de duurzaamheid van hun eigen scans zullen zorgen.⁸⁴ Dit roept de vraag op of Google via haar abonnementservice zelf duurzame toegang tot haar complete boekenbestand zal kunnen blijven garanderen.

Gesteld kan worden dat het publieke belang maakt dat het waarborgen van brede toegang tot digitale informatie

75 Mededeling van Dan Clancy, engineering director van Google Book, tijdens de hoorzitting die de Europese Commissie op 7 september 2009 over de Google Book Settlement hield.

76 Impact Assessment GBS (noot 97), p. 8.

77 Vergelijk ook P. Samuelson, 'Google Books is Not a Library', *The Huffington Post* 13 October 2009, http://www.huffingtonpost.com/pamela-samuelson/google-books-is-not-a-lib_b_317518.html.

78 Zie de verklaringen van de internationale bibliotheekorganisaties IFLA, EBLIDA en LIBER tijdens de hoorzitting die de Europese Commissie op 7 september 2009 over de Google Book Settlement hield, <http://www.eblida.org/uploads/ebliida/10/1252227760.pdf>.

79 Ter vergelijking: Microsoft heeft haar project 'Live Book Search' in mei 2008 gestopt. De Open Content Alliance (met deelnemers als het Internet Archive en Yahoo) volgt het opt-in-systeem van het auteursrecht en haar collectie groeit daardoor veel langzamer dan die van Google: www.opencontentalliance.org.

80 De University of Michigan heeft in een Amendment bij haar overeenkomst met Google meer invloed op de prijsstelling onderhandeld voor zichzelf en (alleen) de andere Amerikaanse bibliotheken waarmee Google een overeenkomst heeft, zie <http://thepublicindex.org/docs/libraries>.

81 Voorbeelden van Pamela Samuelson, zoals opgetekend in een artikel over het congres van de New York Law School over de GBS op 9 oktober 2009: <http://www.libraryjournal.com/article/CA6701727.html>.

82 Sec. 3.8(a) eerste versie van de GBS.

83 Zie bijvoorbeeld de brief aan het Department of Justice over de herziene GBS afkomstig van Amerikaanse bibliotheekorganisaties, http://thepublicindex.org/docs/amended_settlement/ala.pdf.

84 Vergelijk sec. 17.10 herziene GBS. Voor bibliotheken, musea en archieven voorziet art. 16n van de Nederlandse Auteurswet in het maken van preservatie- en migratiekopieën, maar niet voor bedrijven als Google.

niet uitsluitend kan worden overgelaten aan commerciële ondernemingen. Uiteraard digitaliseren bibliotheken graag zelf en voeren zij daartoe grote projecten uit. Feit is wel dat zij niet de enorme fondsen hebben waarover Google kan beschikken. Bovendien lopen bibliotheken, net als Google, bij grootschalige digitaliseringsprojecten in Europa tegen de grenzen van het auteursrecht aan.

Clearing door nationale bibliotheken

Ook al had Google alle rechthebbenden vooraf toestemming willen vragen voor haar Google Book-project, dan was dit in de praktijk een onhaalbare opgave geweest. Voor grootschalige digitaliseringsprojecten blijkt het eenvoudigweg onmogelijk om alle rechthebbenden te identificeren, op te sporen en te contacteren en daarna te onderhandelen over toestemming en een (eventuele) licentievergoeding. Op een schaal waarop Google werkt had een 'diligent search' per boek ettelijke eeuwen tijd gekost, met torenhoge transactiekosten tot gevolg.⁸⁵

In dit kader zijn de ervaringen van erfgoedinstellingen interessant. Zij hebben in het nabije verleden veel subsidie van onder meer overheden gekregen om hun collecties te digitaliseren en op internet te zetten, waarbij het auteursrecht voor de subsidiegevers maar ook de erfgoedinstellingen zelf veelal nog een blinde vlek bleek. In de fysieke wereld hebben bibliotheken, musea en archieven met auteursrechtelijk beschermde objecten in hun collectie namelijk niet of nauwelijks met de Auteurswet te maken, omdat deze wet de kerntaken van erfgoedinstellingen vrijlaat. Musea mogen hun collectie ten toon stellen, terwijl bibliotheken boeken mogen uitlenen (mits ze daarvoor een leenrechtvergoeding afdragen)⁸⁶ en ook het aanbieden van de collectie voor raadpleging in de studiezaal is (in de praktijk) vrijgelaten.⁸⁷

Echter, voor hun digitale activiteiten krijgen erfgoedinstellingen wel met de Auteurswet te maken. Dat komt omdat deze wet digitale reproductie- en openbaarmakingsvormen van erfgoed niet even ruim faciliteert als de fysieke. Sinds de implementatie van de Europese Auteursrecht-richtlijn in 2004 kent de Auteurswet wel twee beperkingen voor bibliotheken, musea en archieven die hun enige digitale speelruimte geven ten behoeve van digitale preservatie en besloten netwerken binnen hun gebouw.⁸⁸ Openbaarmaking op internet hoort daar echter niet bij. Voor de Auteurswet verschillen erfgoedinstellingen op internet dus in niets van commerciële bedrijven.

Met de clearing van boeken hebben diverse nationale bibliotheken inmiddels ervaringen opgedaan. Zo voert de Koninklijke Bibliotheek sinds 2008-2009 aan een project

met het Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, waartoe 1000 belangrijke geschiedenis-handboeken werden geselecteerd voor digitalisering en beschikbaarstelling op internet. Ruim de helft ervan was nog in de handel en viel snel af en ook boeken met veel afbeeldingen werden uitgeselecteerd vanwege (te) vele rechthebbenden. Gaandeweg rezen de bekende juridische vragen, die niet altijd sluitend konden worden beantwoord: is het auteursrecht (rechtsgeldig) overgedragen en zo ja, met of zonder de elektronische rechten? Een contract kan ook bepalen dat het auteursrecht terugvalt aan de auteur als de uitgever niet binnen een bepaalde periode een herdruk heeft uitgebracht. Maar bij gebrek aan inzage in de contracten zelf kan een bibliotheek niet anders dan afgaan op informatie van de auteur/uitgever. Complete juridische zekerheid kan dus nooit worden verkregen. Het voorlopige resultaat is dat een bijna volledige medewerker na vijf maanden van zoeken, onderhandelen en inwachten van getekende licentieovereenkomsten toestemming heeft verkregen voor 50 boeken. Gemiddeld kostte het dus een maand om circa tien boeken te clearen. De conclusie is gerechtvaardigd dat deze werkwijze voor grootschalige boekendigitalisering te veel (zoek)tijd en prohibitief hoge kosten met zich zou brengen, zodat het voor de hand ligt om samen met de rechthebbenden collectieve oplossingen te gaan verkennen. In dit licht is het interessant om te bezien hoe de clearing van boeken elders wordt aangepakt.

De Bibliothèque nationale de France (BnF) werkt al sinds 1997 aan het 'Gallica'-project, dat naast boeken ook tijdschriften en kranten omvat.⁸⁹ Deze zijn niet alleen afkomstig uit de collectie van de BnF maar ook uit andere bibliotheken en daarvoor linkt de Gallica-site door naar de websites van deze bibliotheken. Gallica bevat voor het grootste deel publiek domein-materiaal, terwijl voor beschermd materiaal een 'negotiated access'-aankoop wordt gehanteerd. Dat houdt in dat de (gratis) Gallica-website de inhoudsopgave en/of samenvatting van een boek toont, terwijl de BnF over toegang tot de integrale tekst heeft onderhandeld met uitgever en e-distributeurs. Het resultaat is dat per boek een link naar de websites van deze commerciële partijen wordt getoond, waar de bezoeker uitsluitend betaalde toegang tot het boek kan krijgen. Die wordt aangeboden in zeer verschillende vormen: betalen voor louter lezen, downloads of digitaal lenen en/of online verkoop van papieren boeken – een verscheidenheid die voor gebruikers niet erg overzichtelijk is. Boeken op de Gallica-website worden via deeplinks ook ontsloten via *Europeana*, de publiek gefinancierde Europese erfgoedportal.⁹⁰ Veruit de meeste boeken die daar te vinden zijn, behoren tot het Franse Gallica-project.

Het 'En@lève'-project dat in december 2009 door de Spaanse nationale bibliotheek samen met de Spaanse uitgeverfederatie werd gelanceerd, volgt dezelfde aanpak als Gal-

85 Band 2009, p. 229 schat de kosten voor het identificeren, opsporen en contacteren van de rechthebbende(n) van één boek op \$1.000,-, exclusief licentievergoeding.

86 Daarvan zijn de Koninklijke Bibliotheek en onderwijs- en onderzoeksinstituten en de daaraan verbonden bibliotheken vrijgesteld (art. 15c lid 2 Aw).

87 Wel is voor de productie van fysieke producten, zoals tentoonstellingscatalogi, een licentie van Pictoright en/of individuele rechthebbenden vereist.

88 Respectievelijk art. 16n en 15h Aw.

89 Zie <http://gallica.bnf.fr>.

90 Zie <http://www.europeana.eu>.

lica.⁹¹ De Spaanse nationale bibliotheek werkt nu samen met 90 uitgevers en wil rond de zomer van 2010 circa 5.000 auteursrechtelijk beschermde boeken online hebben gezet.

In afwachting van een wettelijke oplossing voor verweesde werken in Duitsland verkent de Duitse Nationale Bibliotheek samen met Duitse auteurs, uitgevers en collectieve beheersorganisaties een interim-oplossing. Die combineert een opt in-aanpak met collectieve opt out.⁹² De bibliotheek digitaliseert geen boeken die nog in de handel zijn of door uitgevers elektronisch worden geëxploiteerd. Voor ieder boek wordt een 'diligent search' verricht naar de uitgever en/of de rechthebbende. Blijft die zonder succes, dan betaalt de bibliotheek beheersorganisatie VG Wort voor deze verweesde werken een bedrag ter vrijwaring, waaruit alsnog opduikende rechthebbenden worden betaald. Opgemerkt kan worden dat een diligent search per boek feitelijk niet verenigbaar is met grootschalige digitalisering.

In 2009 hebben twee nationale bibliotheken in Scandinavië grootschalige projecten aangekondigd om nationale publicaties te digitaliseren en via internet toegankelijk te maken. In mei van dat jaar maakte de Noorse Nationale Bibliotheek bekend dat zij in Noorwegen gepubliceerde boeken online zal brengen, uit de periodes 1790-1799, 1890-1899 en 1990-1999.⁹³ Op 50.000 daarvan rust nog auteursrecht en hiervoor heeft de Noorse bibliotheek een collectieve overeenkomst gesloten met Kopinor, een koepel die 30 organisaties van auteurs, uitgevers, beeldend kunstenaars en andere rechthebbenden vertegenwoordigt. Deze overeenkomst is met toestemming van de Minister van Cultuur tot stand gekomen en is gebaseerd op het in de Noorse auteurswet neergelegde systeem van 'Extended Collective Licensing' (ECL). Dat houdt in dat Kopinor zowel namens aangesloten als niet-aangesloten rechthebbenden kan contracteren. Het grote voordeel van ECL is dat potentieel verweesde werken in de collectieve overeenkomst zijn inbegrepen en de bibliotheek dus geen zoektocht hoeft te ondernemen, terwijl rechthebbenden een opt out-mogelijkheid houden. De collectieve licentieovereenkomst behelst dat de bibliotheek jaarlijks € 0,06 per pagina betaalt, in ruil waarvoor de boeken integraal online komen, alleen toegankelijk voor Noorse IP-nummers en 'read only'; printen of downloaden is niet mogelijk.⁹⁴ Deze pilot is bedoeld om te onderzoeken of permanente, principiële vergoedingscriteria voor online gebruik kunnen worden ontwikkeld.

In december 2009 tekende de Zweedse Nationale Bibliotheek een intentieverklaring met de Zweedse Schrijversunie en de Zweedse Uitgeversassociatie voor de digitali-

sering van nationaal literair erfgoed. Het betreft oudere boeken die niet meer in de handel zijn, op papier noch als e-boek. Men zal starten met een pilot-project voor Zweedse poëzie, proza en tijdschriften uit de veertiger jaren van de vorige eeuw. Ook dit project steunt op Extended Collective Licensing. Deze mogelijkheid is in Zweden echter nog niet in de wet vastgelegd en partijen hebben het welslagen van het project afhankelijk gesteld van de wettelijke invoering van ECL. De Zweedse auteurswet wordt momenteel herzien en de overheid overweegt de introductie van ECL.⁹⁵

Europese Commissie en Europeana

Sinds 2005 financieren de EU en de lidstaten projecten ten behoeve van de Europese digitale bibliotheek *Europeana*, een portal waarin collecties van bibliotheken, musea en archieven in heel Europa gezamenlijk worden ontsloten.⁹⁶ Europeana is een zogenaamde 'aggregator', wat wil zeggen dat ze zelf geen gedigitaliseerd erfgoed vanaf een eigen server aanbiedt, maar hiervoor (diep)linkt naar de websites van de afzonderlijke erfgoedinstellingen. Typt men op Europeana's website een zoekterm in (zoals Gauguin), dan presenteert Europeana een reeks zoekresultaten, bijvoorbeeld in de vorm van thumbnails (kleine afbeeldingen). Klikt de gebruiker die aan, dan komt hij/zij terecht op de website van de erfgoedinstelling die het materiaal gedigitaliseerd en online gezet heeft.

Eind 2009 gaf Europeana toegang tot zo'n 5 miljoen objecten (boeken, films, foto's, kunstwerken, archiefstukken e.d.), terwijl de ambitie van de Europese Commissie voor 2010 op 10 miljoen ligt. Europeana zou graag sneller willen uitbreiden, maar als aggregator is zij hiervoor afhankelijk van de deelnemende erfgoedinstellingen. Voor wat betreft grootschalige digitalisering en verweesde werken stuiten zij op het opt in-systeem van het auteursrecht. Deze problematiek is des te scherper in de schijnwerpers komen te staan door de gedurfde opt out-aanpak van de GBS, die in feite een privaat onderhandelde Extended Collective Licence behelst.

De Google Book-ontwikkelingen hebben dan ook de grote aandacht van de Europese Commissie, die er een Impact Assessment over opstelde. Daarin schrijft zij dat ze de digitalisering van Europese boeken samen met de lidstaten wil opvoeren, omdat een information divide met Amerika dreigt. Ze benadrukt dat deze versnelling met respect voor het auteursrecht dient te gebeuren en gezien de Herculeïsche taak verwelkomt ze publiek-private samenwerking. Echter, vanwege het publieke belang dat met de digitali-

91 Zie <http://www.bne.es/en/Catalogos/BibliotecaDigital/enclave>.

92 Zie E. Niggeman (directeur Deutsche Nationalbibliothek), *How to deal with Orphan Works in the digital world?*, document requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs (PE 419.611), November 2009, <http://tinyurl.com/niggemannorphanworks>.

93 Dit project heeft de naam 'Bokhylla' (boekenplank); www.bokhylla.no.

94 Het contract is in het Engels te vinden op <http://www.kopinor.no/Bookshelf+Contract+.661.cms>.

95 Zie ook het recente pleidooi dat de Scandinavische nationale bibliotheken bij de Europese Commissie indienden vóór Europese invoering van ECL, <http://tinyurl.com/Scandinavianlibraries>.

96 Zie <http://tinyurl.com/digitallibraries>.

sering, langetermijnbewaring en toegang tot cultureel erfgoed is gemoeid, kan dit volgens de Commissie niet louter aan commerciële projecten worden overgelaten.⁹⁷

Sinds de GBS is de Commissie overtuigd geraakt van de waarde van gedigitaliseerd erfgoed en ze wenst minimumvoorwaarden te gaan opstellen waaraan de toegang tot digitaal erfgoed moet voldoen. Een voorbeeld is publiek-private samenwerking: om hun scan-investeringen terug te verdienen, bedingen private partijen vaak voor een bepaalde periode de exclusieve commerciële exploitatie van het gedigitaliseerde erfgoed. Het gevolg is een 'digital lock up', ook van publiek domein. De vraag is hoe lang deze exclusiviteit maximaal zou mogen duren. Ook oriënteert de Commissie zich nu op nieuwe business modellen voor Europeana.⁹⁸

Bovendien heeft de Europese Commissie inmiddels in vele documenten erkend dat er een oplossing nodig is voor verweesde werken en grootschalige digitalisering. Euro-commissaris Reding (destijds Informatiemaatschappij) benadrukte: *'If we do not reform our European copyright rules on orphan works and libraries swiftly, digitisation and the development of attractive content will not take place in Europe, but on the other side of the Atlantic.'*⁹⁹ Eind oktober 2009 wijdde de Commissie een hoorzitting aan verweesde werken¹⁰⁰ en ze maakt momenteel een inventarisatie van EU-brede oplossingen voor verweesde werken. Daarbij kijkt ze onder andere naar een Europees geharmoniseerd wettelijke beperking en/of Extended Collective Licensing. Verder wordt gewerkt aan koppeling van diverse registers met informatie over rechthebbenden en verweesde werken om licentiëring te vergemakkelijken.¹⁰¹

Duidelijk is dat ook de licentiëring voor internetgebruik van niet-verweesde werken in Europa zeer ingewikkeld is. De auteurswetten van de lidstaten zijn immers niet volledig geharmoniseerd, terwijl collectieve beheersorganisaties (ettelijke per lidstaat) nationaal georganiseerd zijn. De Commissie signaleert dan ook: *'[...] developments in other parts of the world indicate that Europe, and the European way of protecting copyright, could come under substantial competitive pressure if European solutions which ensure legal certainty and a digital level playing field throughout the 27 EU Member States are not rapidly developed.'*¹⁰² Scheidend Commissaris Reding gaf voor de Digitale Agenda het ambitieuze plan mee om tot één Europese auteurswet te komen.

Slot

Google Book Search is een waardevolle nieuwe dienst voor zowel onderzoekers als een breed lezerspubliek. Het toont gratis (minimaal) snippets van auteursrechtelijk beschermde boeken, terwijl commerciële exploitatie van de full-text door Google – uitsluitend in Amerika – wordt geregeld in de veelbesproken Google Book Settlement. Dit schikkingsvoorstel volgt een opt out-aanpak in plaats van de auteursrechtconforme opt in.

Ofschoon Google niet de enige partij is die boeken scant, staat ze qua schaal op onbereikbare hoogte en kan ze aldus een *de facto* monopolie doen gelden ten aanzien van de exploitatie van digitale full-text. Tevens geeft de GBS haar het recht tot commercialisering van verweesde werken en bij gebrek aan een wettelijke regeling zou zij de enige zijn die dat kan doen. Wellicht geniet ze als gevolg van haar grote scan-investeringen eveneens een monopolie op haar enorme boekenbestand in de vorm van het databankrecht, dat zich uitstrekt over de gehele inhoud inclusief publiek domein en verweesde werken. De consequenties hiervan voor het publieke belang van brede toegang tot informatie zijn vooralsnog moeilijk te voorspellen. Onvoorspelbaar is ook hoe de prijs van Google's abonnementen zich zal ontwikkelen en hoe het bedrijf met de privacy van gebruikers zal omgaan. Het geeft dan ook een ongemakkelijk gevoel dat de (wetenschappelijke) wereldliteratuur, inclusief de Europese,¹⁰³ in digitale vorm berust bij een Amerikaans bedrijf, waarvan de toekomstplannen niet zijn te voorzien.

Voor publiek toegankelijke not-for-profitbibliotheken is daarom eveneens een taak op internet weggelegd. Die online taak zou wellicht meer erkenning kunnen krijgen in de Auteurswet, met name wat betreft verweesde werken en grootschalige digitalisering. Voor beide verkent de Europese Commissie momenteel oplossingen, mede om Google in Amerika te kunnen blijven bijbenen. De ervaring bij bibliotheken leert dat een 'diligent search' per boek voor grootschalige digitalisering zowel qua tijd als kosten niet haalbaar is. Wellicht valt daarom te leren van de GBS, die verwant is aan de Scandinavische Extended Collective Licensing. In vergelijking met contractuele oplossingen valt ECL (mits Europees geharmoniseerd ingevoerd) te prefereren, omdat dit systeem vanwege zijn wettelijke grondslag meer rechtszekerheid schept.

Om tot multi-territoriale internetlicenties te kunnen komen, is bovendien vergaande Europese harmonisatie van de nu nog nationaal gefragmenteerde auteurswetten van de lidstaten gewenst. De brede toegang tot cultureel erfgoed, waaronder boeken, zou daarmee gediend zijn.

97 The Google Book Settlement (GBS) - Impacts from a European perspective, information note from the European Commission for the Education, Youth and Culture and for the Competitiveness Council, 27 November 2009, nonpaper 15109/09, p. 9-11, <http://tinyurl.com/ECimpactGBS>.

98 Middels haar document 'Europeana – Next Steps' hield de Commissie hierover eind 2009 een consultatie: <http://tinyurl.com/Europeananextsteps>.

99 Ludwig Erhard Lecture 9 July 2009 Brussel: http://ec.europa.eu/information_society/topics/reading-lisbon/index_en.htm.

100 De verklaringen van diverse partijen, waaronder bibliotheken, staan op <http://tinyurl.com/EChearingorphanworks>.

101 Zie het Arrow-project: <http://www.arrow-net.eu>.

102 Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 22 October 2009: p. 7: <http://tinyurl.com/CreativeContentOnline>.

103 Die valt buiten de schikking, maar blijft door Google gescand worden.